



5º Simposio de Ensino de Graduação

PROVAS ILÍCITAS E SUA INFLUÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO

Autor(es)

FABRÍCIO CLEBER ARTHUSO

Orientador(es)

SERGIO DE OLIVEIRA SILVA JUNIOR

1. Introdução

Entre muitas funções do Estado que é Democrático e de Direito, destacamos a Jurisdição, que é a entrega à sociedade de soluções aos litígios, afastando assim a “justiça pelas próprias mãos”. A sociedade possui anseios, e quando há divergências, recorremos ao Direito. O direito material é aquele que regulamenta o objeto do litígio, como por exemplo, uma obrigação de fazer, o direito sobre imóveis, e este está sob a apreciação do juiz, que tem a obrigação de responder sobre o fato. O Direito Processual viabiliza a concretização do direito material, apresentando a forma do diálogo com o poder judiciário. Neste âmbito cabe ao Judiciário analisar os fatos que levaram as partes a buscar o poder estatal para resolver o litígio, e como ônus, as partes devem apresentar ao juiz, como destinatário, as provas que servirão para seu convencimento a respeito do fato, ao qual aplicará o direito material, observado o direito formal.

2. Objetivos

Questionar a possibilidade das provas ilícitas influenciarem na formação do convencimento do juiz, em relação aos fatos apresentados pelas partes.

3. Desenvolvimento

Ponto crucial que merece ser debatido diz respeito à discricionariedade judicial na apreciação das provas, conforme o disposto nos artigos 130 e 131 do CPC. As provas, nestes artigos, evidenciam sua fundamental importância não apenas em comprovar, elucidar fatos, mas sim em convencer o Estado, de que a tese da parte é correta, e deve prevalecer sobre a outra. É a partir do livre convencimento que surge a fundamentação, obrigatória pelo art. 458 do CPC, base da sentença. Humberto Theodoro Junior, conceitua em dois sentidos a prova no processo: “a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato

demonstrado”. É pacífico com relação ao conceito objetivo, no que tange ao meio hábil, que são meios regulamentados pelo artigo 332 do CPC, que permite a utilização de todos os meios de provas legais e ainda os moralmente legítimos. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 em seu inciso LVI, determina a inadmissibilidade das provas ilícitas, ou seja, as provas obtidas por meios ilegais. Alexandre de Moraes apresenta interessante distinção entre ilegais e ilegítimas: “As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico”. Porém Tourinho Filho faz importante ressalva: “A Constituição Federal de 1988 extinguiu o discripe entre provas ilegítimas e provas ilícitas”. Vemos a importância da classificação das provas ilícitas em ilegais e ilegítimas, principalmente pela redação do art. 332 do CPC quando apresenta as provas moralmente legítimas. Não queremos discorrer sobre o que é moral, vamos nos ater apenas no aspecto sociológico, onde moral é aquilo que a sociedade possui como norma de convivência, não falamos de norma jurídica, mas sim daquelas impostas pela consciência íntima social. Nem sempre o que é considerado moral para o direito é para sociedade. Wambier ensina: “O conceito de meio ilícito deve ser obtido por exclusão, tendo em vista o disposto no art. 332 do CPC, que prevê a utilização das provas obtidas por meios legais (vale dizer previstos em lei) e os moralmente legítimos, ou seja, que não repugnam o senso ético”. Voltamos ao ponto chave, o juiz além de apreciar o estritamente legal, deve influenciar sua decisão pelos padrões sociais? Deve deixar de lado suas convicções pessoais para aplicar a lei? Para ilustrar essa distinção vejamos a posição de Greco Filho: “Para que sejam admitidos, os meios de prova não podem estar contaminados pela imoralidade, que se tornam ilegítimos. Tal condição vale não apenas para os meios de prova não previstos no Código, mas também para os meios expressamente disciplinados, os quais devem atender aos princípios da moralidade e lealdade”. Podemos dizer que a maior parte da doutrina é a favor da valoração das provas no que diz respeito à ilegitimidade, não a ponto de desacordo com o Direito Processual, mas sim naquilo que couber no “moralmente correto” nos dizeres da sociedade. A questão não é admitir simplesmente uma prova, é examinar o caso e ponderar o quanto à ilegitimidade causa prejuízos para as partes. Wambier classifica esta corrente como Intermediária, definindo como aquela que admite a prova ilícita, dependendo dos valores jurídicos e morais em jogo. Aplica-se o princípio da proporcionalidade. Acreditando que há “a multiplicidade de valores fundamentais e de princípios vigentes na ordem constitucional”. Contrário à posição doutrinária é o entendimento STF. Como nos julgados abaixo. Com relação ao princípio da proporcionalidade, o STF afasta com o argumento de não caber o exame deste princípio, uma vez que a Constituição Federal o fez, proibindo a utilização de provas ilícitas, ponderando o entre a persecução penal em razão dos valores fundamentais da dignidade humana (HC 79.512, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-12-99, DJ de 16-5-03). Em outro a inadmissibilidade das provas ilícitas são sustentados sob o argumento do princípio constitucional do “due process of law” que não admite provas ilícitas e a teoria dos frutos da árvore envenenada, se então não é admitida à prova que teve como origem a ilicitude, então as provas que foram obtidas por meios ilícitos, “mas obtida em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária”, ou seja, os fatos somente foram conhecidos posteriormente em função da primeira ação que é ilícita. Porém se a prova advir de fonte autônoma não a reveste de ilicitude, sendo admitida em juízo (RHC 90.376 (RHC 74.807, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-97, DJ de 20-6-97)., Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-07, DJ de 18-5-07). E a utilização destas provas não tem o condão de anular todo o processo, apenas os atos contaminados pela ilicitude Há também o entendimento que apesar do ilícito facilitar a produção de novas provas, se forem dispensáveis, não as afasta da apreciação pelo judiciário (HC 74.152/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, 20-8-96 - Informativo STF, Brasília, n.º 41, 28 ago. 1996). Porém quando a prova é utilizada em legítima defesa, o caráter de ilícita é afastado em função da proteção de uma das partes HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma. Podemos citar como exemplo a gravação de conversa onde há tentativa de extorsão. Na visão de Alexandre de Moraes: “Em conclusão, as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes”. Temos então a posição extremamente positivista do STF, e de outro lado parte da doutrina que acredita na

viabilidade de utilização do princípio da proporcionalidade, que a nosso ver é a mais correta. Para ilustrar essa posição vejamos o seguinte exemplo, um sujeito adultera um contrato, sendo que a perícia não consegue provar essa adulteração, em uma conversa informal com um amigo, mediante escuta telefônica não autorizada pela justiça à parte contrária faz prova. É notório que esta prova é ilegal, fere princípios constitucionais, mas precisamos analisar se o direito individual pode prevalecer sobre o direito do outro ou da sociedade, embora ambos tenham usado de artifício ilegal, a decisão do magistrado seja qual for, terá como objeto de análise a prova ilegal. Se optar pelo primeiro que teve ação ilícita, em afastar as provas ilegais, deixará impune ação do agente que foi ilegal. Se optar pela utilização das provas ilícitas também deixará impune a ação ilegal. Pela posição do STF, a Constituição Federal deve prevalecer, ou seja, mesmo cometido o ilícito, em não havendo outras provas o autor do ato, não pagará. Observando a posição da doutrina, classificada como corrente intermediária, caberia ao juiz valorar esta situação e verificar qual ilícito é mais ou menos grave, se é que existe esta situação, de ilícito menos grave. Mesmo se partimos da posição dos Positivistas, em que a lei deve ser aplicada conforme os ditames do direito, qual lei deve prevalecer? Um aspecto interessante é que o destinatário das provas é o juiz, pois é ele que valora todo o processo e aplica o direito. Nessa linha de raciocínio, se é o juiz quem determina a exclusão das provas por serem ilegais, antes as provas foram analisadas, e somente a partir desta análise é que se pode definir como prova ilícita. Se o objetivo da prova é formar o convencimento do juiz sobre determinado fato, e este teve que analisa-las para descartar do processo, provavelmente a análise levou ao juiz não apenas a resposta sobre a prova, mas sim sobre seu caráter probatório, sobre a elucidação dos fatos contidos dentro da prova. Podemos concluir que embora a utilização da prova seja descartada pelo poder judiciário, o fato da prévia análise pode levar ao juiz o convencimento sobre o litígio? Aqui encontramos outro problema. Em entrevista à emissora de televisão Rede Cultura no dia 06/12/2004 no programa “Roda Viva”, com um crucifixo na mão, o então ministro da Justiça Marcio Thomas Bastos, disse que o juiz é um ser humano e não pode se despir de sua personalidade, não deixa de lado quem para entrar no gabinete de trabalho. Assim sendo o juiz uma pessoa normal, com toda sua formação, ética, moral, técnica, com convicções pessoais, embora tenha a função que exige a imparcialidade, o discernimento entre o legal e o ilegal, pode deixar-se influenciar seu livre convencimento, embora na sentença este deva ser motivado. Temos o seguinte dilema, se o juiz tiver sensibilidade excessiva, pode prejudicar a justiça, pois nem sempre a parte mais necessitada ou superveniente, tem razão, por outro lado se não tiver nenhuma sensibilidade também pode denegrir a justiça. Por exemplo, falar de distribuição de terras que possui terra é ferir o direito de propriedade, e falar em respeitar o direito de propriedade para quem não possui terra é ferir o direito de trabalho, a função social da propriedade. E neste caso deve o juiz fazer o que? Outra possibilidade, caso o juiz não tiver a sensibilidade de destacar aquilo que é ético, moralmente correto, daquilo que é legal, estaríamos vivendo como reféns de leis que não servem mais a nossa época, ou alguns erros de valoração. Por exemplo, a expressão “mulher honesta” que perdurou até recentemente no Código Penal. Ao contrário, se as leis não fossem cumpridas pela sociedade estaríamos vivendo em uma época de insegurança jurídica, pois voltaríamos à “justiça com as próprias mãos”, estaríamos contaminados com a desordem, não haveria respeito com a sociedade.

4. Resultados

Qualquer solução que seja apresentada à problemática que envolve provas ilícitas resultará em questionamentos acerca da sua regularidade e justiça. Há um brocado que muito bem diz: “a lei não tem paixão, a lei não tem dor”. Porém a convivência em sociedade tem, tanto paixão como dor. E se buscarmos o pensamento do Prof. Miguel Reale, que justiça nada mais é do que a aspiração humana, teremos que dissociar a lei da justiça, mas se fizermos isso, viveremos em estado natural, e sem justiça prevalecendo a lei do mais forte. Neste sentido cabe a lei promover a justiça, cumprindo um dos papéis fundamentais do Estado que é apaziguar a sociedade, e isso significar expressar na lei a vontade popular, não passar sobre as pessoas, para não correr o risco de ser um Estado Ditador e não Social e de Direito. Uma lei sem legitimidade pode ser injusta, como também a lei legítima pode ser injusta. Porém, se observarmos a proporção entre um mal e outro, poderíamos atenuar a irregularidade? Temos consciência que uma irregularidade não justifica a outra, mas punir a obtenção de prova, onde em última análise busca-se a

verdade, é afastar de certa forma a justiça. É notório que a Constituição de 1988, quando promulgada pós um regime ditatorial, levou em consideração todos os excessos cometidos pelos militares, diante da repressão, forte censura, e mais importante à tortura como forma de provar-se qualquer coisa, inseriu na população o medo. E esta nova fase do direito proibiu estes excessos. Quando falamos em proporcionalidade é obvio que não queremos e nem aceitamos os mesmos excessos, não queremos a tortura, a presunção de culpa. Não podemos de forma nenhuma concordar que a preservação individual interfira na harmonia social, que é de nosso ponto de vista a função do direito, como ciência. Neste ponto de vista, toda vez que um individuo pratique um ilícito seja qual for, deve pagar por isso. Lembrando de Maquiavel, que “os fins justificam os meios”, o príncipe neste caso o Estado tem a obrigação de pacificar a sociedade. O medo da repressão não pode proteger quem descumpra as regras impostas pela sociedade, senão vamos voltar a viver com medo, agora não pela força Estatal, mas sim pela força individual de quem não cumpre a lei.

5. Considerações Finais

Pelo exposto, percebemos que a justiça e a injustiça estão separadas por uma linha tênue, e frágil. Uma ação mal calculada pode quebrá-la.

Disto faz-se a necessidade da consciência moral e ética, que expressa não somente vontade social, mas sim a satisfação dos indivíduos dentro da coletividade.

Desta forma não é possível conceber que a previsão de um fato ou ato humano, expresso em forma de lei, seja suficiente por si só para exercer este complexo, que se resumirá em justiça.

É disto que surge a necessidade da formação social e humana do julgador, coisa que não poderia ser exercida por uma máquina.

Por tudo isto concluímos que a melhor solução é a utilização do princípio da proporcionalidade.

Referências Bibliográficas

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20ªed. São Paulo:Atlas,2006.

TEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil Vol. 1. 34 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro Vol. 1. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal, 9 ed. São Paulo:Saraiva, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil Vol. 1. 7 ed. São Paulo:RT, 2006.